

장병 기본권 지침서

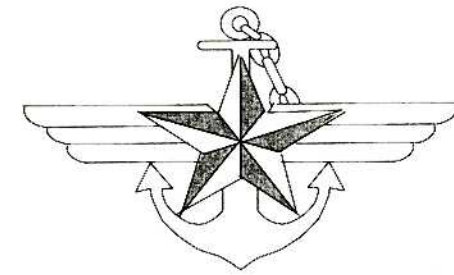


국 방 부

장병 기본권 지침서

국 방 부

장병 기본권 지침서



국 방 부

발간사

우리 군은 지금 21세기 선진 정예 강군을 건설하기 위한 '국방개혁 2020'을 추진하고 있습니다. 국방개혁을 성공적으로 이루어내는 데 핵심적인 일 중의 하나는 선진 병영문화를 정착시키는 것입니다. 선진 병영문화란, 인간 존중과 국민의 신뢰를 바탕으로 싸워 이길 수 있는 기반이 조성된 합리적이고 민주적인 병영 생활의 총체를 의미합니다. 이러한 선진 병영문화 정착의 요체는 바로 장병의 기본권 보장입니다.

오늘날 인권은 문명국가에 요구되는 국제적 기준으로서 이를 거부하는 것은 시대착오라 할 수 있습니다. 최근 우리 사회에서도 민주화의 진전과 삶의 질 향상에 따라 인권 문제에 대한 국민적 관심이 높아졌습니다. 이러한 인권의 원칙을 군에서 실천하는 일이 곧 장병의 기본권 보장과 증진입니다.

군에서 장병의 기본권을 증진하기 위해 가장 먼저 필요한 것이, 군 구성원들의 인권 감수성을 제고하고 인권의식을 증진하는 일입니다. 그러나 인권에 대한 인식은 군 뿐만 아니라 우리 사회 전반이 아직 미약한 실정입니다. 차제에 군은 민주시민 교육의 일환으로서 장병에 대한 기본권 교육을 앞서 전개함으로써 우리 사회의 인권감수성을 높여 나가는 데 기여해야 할 것입니다.

금번 발간하는 교재는 우리 군 간부들이 병영내에서 인권 원칙을 적용하고 실천할 수 있는 역량을 제고하는 데 필요한 내용을 담고 있습니다. 군 간부의 실천 지침이기도 하며, 병사 대상 교육에 활용할 수 있는 자료이기도 합니다. 사실 인권의 내용과 실정법적 보장 범위 및 한계는 사회·안보적 상황, 국민 및 군 구성원의 의식에 따라

계속적으로 진화·발전할 것입니다. 이런 가운데 군 차원에서는 헌법에 맡겨진 군의 역할(국가안전보장) 수행과 장병의 기본권 보장이 어떻게 하면 조화롭게 구현될 수 있는가에 대한 지속적인 토론과 합의를 이루어 나가야 할 것입니다.

민주적이면서도 군기가 엄정한 군, 국민으로부터 신뢰와 사랑을 받는 군으로 자리매김 하는 일은 장병의 기본권 보장으로부터 시작되어야 한다는 점을 우리 모두가 명찰하고 그 실천을 위해 매진해 주기를 당부합니다.

2006. 3

국 방 부 장 관

목 차

발간사

서론 군 인권 교육의 의의 및 목표	1
1. 군 인권 교육의 의의	1
2. 군 인권 교육의 목표	3
3. 군 인권교육의 원리와 단계	4
제1부 인권·기본권의 이해	5
1. 인권·기본권이란 무엇인가?	5
가. 인권·기본권의 개념과 의의	5
나. 인권의 일반적 분류	8
다. 헌법을 통해 본 기본권의 내용	10
라. 기본권 보장에 대한 국가의 역할	11
2. 인권의 역사와 국제적 인권 보호 활동	13
가. 인권의 역사적 발전과정	13
나. 유엔과 인권NGO의 역할	15
3. 한국사회와 인권	17
가. 한국사회의 변동과 인권의 발전	17
나. 한국사회의 주요 인권 문제	19
다. 국가인권위원회 설립의 의의	21
제2부 군과 기본권	23
1. 국가제도로서의 군의 의의와 기본권 보장의 관계	23
가. 군의 존재 의의	23
나. 군 조직의 목적과 장병 기본권 보장과의 관계	24
다. 장병 기본권 보장의 조직내적 필요성	25

2. 군인의 법적 지위	27
가. 군인의 의의와 법적 성격	27
나. 군인의 권리	28
다. 군인의 의무	30
3. 군인의 기본권 보장의 특수성	33
가. 특별권력관계와 군인 신분의 특수성	33
나. 군인의 기본권 제한의 한계	34
다. 현행법상 군인의 기본권 제한의 내용	35
제3부 병영내 기본권 침해 사례 및 구제 제도	38
1. 유형별 침해 사례	38
가. 폭행과 상해	39
나. 가혹행위와 강요	41
다. 욕설 기타 인격 모독	48
라. 성추행, 성희롱 등	49
마. 위법한 징계에 의한 기본권 침해	57
바. 군 수사기관에 의한 기본권 침해	66
사. 군사법원에 의한 기본권 침해	69
아. 군 행정기관에 의한 기본권 침해	71
자. 기타 기본권 침해 행위	73
2. 기본권 침해시 구제 절차	78
가. 신고(고소·고발)	78
나. 고충처리 제도	79
다. 인사소청 제도	80
라. 국가인권위원회에 대한 진정	81
마. 재해보상금·유족연금·상이연금 등 보상의 지급	82
3. 기본권 침해 행위에 대한 지휘관(자)의 조치	83
가. 보고 대상 사안 및 근거	83
나. 보고 지연 및 사고 은폐시 지휘관 책임	84
다. 지휘관(자) 조치시 유의사항	84

제4부 침해상황의 예방 및 기본권 증진을 위한 실천 방향	85
1. 기본권 증진을 위한 군 구성원의 자세	85
가. 기본권에 대한 바른 이해의 정립	85
나. 명령·복종의 원칙과 군내 위계 질서의 의미	86
다. 기본권 침해 예방을 위한 상하간 자세(예시)	90
2. 기본권 증진을 위한 부대 운영	92
가. 기본권에 대한 주기적인 교육	92
나. 부대내 신고시스템의 가동여부 진단	93
다. 주기적인 부대 정밀 진단	94
라. 기본권 침해행위 확인시 규정에 의한 신속 처리	94
마. 병영생활 전반의 기본권 침해 요소를 찾아 개선	95
3. 기본권 침해 유형별 예방대책	96
가. 구타 및 가혹행위 예방 대책	96
나. 언어폭력 예방 대책	100
다. 성군기 사고 예방 대책	101

서론 군 인권 교육의 의의 및 목표

1. 군 인권 교육의 의의

군에서 왜 인권 교육을 해야 하는가를 살펴 보려면 먼저 장병 인권 보장의 당위성부터 살펴 볼 필요가 있다. 장병의 기본적 권리의 보장은 어떤 의미에서 시대적 요청이며 절대 가치라 할 수 있는가?

첫째, 군인은 국민의 한 사람이기 때문이다. 대한민국은 입헌 민주 국가이다. 입헌 민주국가에서 국민은 나라의 주인이며 기본적 권리를 보유한다. 이 권리는 헌법에 의해 보장받으며, 국가는 이를 지켜야 할 의무를 갖는다. 군인도 국민의 한 사람으로서 기본적 권리를 가지며, 이는 적극적으로 보장되어야 한다.

둘째, 군은 민주적 기본질서를 수호하기 위해 존재하기 때문이다. 군은 국가(영토)를 물리적으로 수호하는 것만이 아니라 국가의 근본 가치, 즉 민주적 기본질서를 수호하기 위해 존재한다. 민주적 기본질서의 핵심은 모든 국민의 기본적 권리의 보장이다. 따라서 군은 모든 장병들의 기본적 권리를 보장해야 할 의무를 진다.

셋째, 강한 군대를 육성하기 위해서이다. 강한 군대는 엄정한 군기와 높은 사기에 바탕을 둔다. 장병 개개인이 인격적인 존재로 존중받을 때 자발적인 복종이 가능해지며 이는 엄정한 군기로 이어진다. 또한 인간답게 살 수 있는 권리가 보장될 때 사기도 높아진다. 인권이 존중될 때 장병들은 국가와 민족, 자신이 속한 군 조직에 대한 애정과 자부심을 갖게 되며 유사시 생명을 건 임무에 헌신할 수 있는 정신을 견고히 할 수 있다. 인권의 존중은 곧 근본적인 전투력의 바탕이 되며 강한 군대를 육성하는 지름길이다.

군에서의 인권교육이란, 이처럼 당위적으로 요구되는 인권을 군에서 지켜 나가는 데 필요한 의식을 키우고 인권에 대한 감수성을 높이기 위한 것이다.

인권을 증진하기 위해 인권교육이 반드시 필요한 이유는 다음과 같이 정리될 수 있다.

첫째, 인권은 저절로 주어지는 것이 아니라 능동적으로 찾아서 누리는 것이며, 그러기 위해서는 자신이 누릴 수 있는 인권이 무엇인지를 알아야 하기 때문이다.

둘째, 인권을 누리지 못하는 사람들에게 자신이 누리지 못하는 인권을 자각하도록 하기 위한 것이다. 부당한 억압과 통제란 어떤 것이며, 자신들이 무엇을 요구할 수 있는지를 알도록 돕는 것이다.

셋째, 타인의 인권을 고려할 수 있도록 하기 위해서이다. 자신이 타인의 권리를 침해하지 않는지 파악하기 위해서는 인권에 대한 정확한 인식과 그에 따른 책임있는 행동이 필요한 것이다.

사실 인권교육은 장병들만이 아니라 우리 국민 모두에게 필요하다. 우리 사회가 인권에 눈 뜨기 시작한 것이 그리 오래지 않았고 그래서 일반 국민들도 인권에 대한 체계적이고 실질적인 인식과 지식을 가지고 있지 못하기 때문이다. 사회적으로도 인권교육은 이제 출발 단계에 있다고 할 수 있다. 그런 측면에서 군에서의 인권교육은 국민 전체의 인권의식 향상에 기여할 수 있다. 이는 우리 군이 장병 정신 교육을 통해 지향해 왔던 바와 같이 시민의식을 함양하는 일과 같은 맥락인 것이다. 군이 인권 차원에서 국민 교육의 도량 역할을 수행하게 되는 것이다.

2. 군 인권 교육의 목표

군 인권교육의 목표는 다음과 같이 설정할 수 있다.

(1) 인권과 기본적 자유에 대한 존중을 강화하도록 한다. 인권교육은 장병들이 인간이자 국민의 일원으로서 부여받은 자유로운 삶을 누릴 기본적 권리를 지녔음을 알게 하는 것이다. 즉 인격체인 인간으로서의 존엄성을 깨우치고 인간의 가치를 존중하도록 하는 것이다.

(2) 다양한 인간과 집단에 대한 이해와 관용, 평등과 우정이 증진되도록 한다. 인간의 삶의 형태나 조건, 방식은 문화적 특성에 따라 매우 다양하고, 사회적으로 이러한 다양성은 갈등의 원인이 될 수 있다. 또한 군내에서도 장병들의 개별적 의식과 인간관계, 집단의 생활양식은 다양하게 나타날 수 있다. 인권교육은 다양한 인간과 집단에 대한 이해를 돕기 위한 것이다. 다양성의 이해란 다름과 차이를 인정하면서 공존하는 삶의 방식을 추구하도록 하는 것이다.

(3) 인간의 존엄성에 대한 이해와 감수성이 최대한 발현되도록 한다. 인권 교육은 자신 뿐만 아니라 자신과 동등한 존엄과 권리를 가진 타인의 인권을 고려하고 그것에 대한 책임감을 갖도록 하는 것이다. 타인과의 관계 속에서 인권이 어떻게 나타나는지를 파악할 수 있는 능력과 인권의 관점에서 타인과의 관계를 이해할 수 있는 감수성을 갖도록 하는 것이다.

(4) 장병들이 자신의 권리에 대한 이해와 실천을 바탕으로 병영생활에 자발적으로 참여할 수 있도록 한다. 모든 장병들이 인격체로서 존중받는 가운데 법적으로 보장된 권리를 보장받으며 주어진 의무에 대한 책임감을 갖고 자발적으로 병영생활에 참여토록 하는 것이다.

3. 군 인권교육의 원리와 단계

일반적으로 인권교육은 다음과 같은 단계를 설정하여 이루어진다. 군 인권교육에서도 이러한 단계의 설정은 그대로 적용될 수 있다.

(1) 인권에 대해 알기 : 지식·이해 측면

인권교육은 먼저 인권에 대해 아는 것부터 시작해야 한다. 인권이란 무엇이며, 각 개인은 어떤 권리를 가지고 있는가를 인식하는 것이다. 인권에 대해 안다는 것은 인간으로서의 존엄과 가치를 인식하며 인간답게 살아가기 위한 출발점이 된다. 인권 자체에 대한 이해를 도우려면 인권이 역사적으로 어떻게 발전해 왔으며 현재의 인권 상황은 어떠한가에 대해서 알아야 한다. 이를 통해 인권의 소중함을 깨닫게 되고 타인의 인권을 존중해야 할 책임의식을 갖게 된다.

(2) 인권 감수성 높이기 : 가치·태도 측면

인권 교육은 인권 개념에 대해 인지적으로 아는 것을 넘어 인권 침해에 대해 민감해 지는 것을 목표로 한다. 인권 침해에 민감해 진다는 것은 자신 뿐만 아니라 다른 사람들의 인권 상황에 대해서도 관심을 갖는다는 것을 의미한다. 예컨대 군 간부의 입장에서는 스스로의 인권 침해 상황은 물론 동료 및 부하 병사들의 인권 상황에 대해서도 끊임없이 관심을 가지도록 하는 것이다.

(3) 인권 친화적으로 행동하기 : 기능·행동 측면

군 인권 교육은 궁극적인 목표는 장병들이 타인을 배려하고 존중하는, 즉 인권친화적인 행동을 하도록 하는 것이다. 이러한 행동 변화는 인권에 대한 지식과 인권 보장의 가치 및 태도의 함양, 그리고 인권에 대한 직접적인 경험을 통해 얻어진다. 이렇게 행동하기 위해서는 인권의 관점에서 자신의 입장을 선택한 후 타인과 토의·협력하여 문제를 해결해 나가는 과정으로 전개해 나가는 것이 바람직하다.

제1부 인권·기본권의 이해

1. 인권·기본권이란 무엇인가?

가. 인권·기본권의 개념과 의의

인권(Human Rights)이란 인간의 권리를 줄인 말로서, 보통 '인간이 인간답게 살아가기 위해 누구나 마땅히 누려야 할 권리'로 정의된다. 세계인권선언(1948)은 인권에 대한 구체적이고 명확한 기준을 다음과 같이 제시하고 있다.

인권은 인간이 갖는 기본적 권리이다. 인권은 사람의 권리(rights of man)가 아니라 사람답게 살 권리(human rights)이다. 사람의 사람다운 삶을 실현하는 권리이며, 인간으로서 존엄성과 가치를 존중받으며 살 수 있도록 해주는 것이 바로 인권이다.

인권은 인간이 갖는 보편적 권리이다. 인권은 본질적으로 누구에게나 적용되는 일반적이고 보편적인 성질을 갖는다. 인권은 아무런 조건없이 오직 인간이라는 이유로 모든 인간에게 적용된다. 빈부·학력·직업·성별·연령 등 어떤 조건으로도 제한할 수 없다.

인권은 약자를 위한 권리이다. '인간의 존엄한 삶을 위한 최소한의 조건'인 인권은 사회적 강자에 의해 유린당하기 쉬운 약자의 존엄한 삶을 지킬 수 있도록 하는 권리이다.

인권은 책임을 동반한 권리이다. 인간의 삶은 타인과의 관계를 토대로 이루어진다. 그런 점에서 한 개인은 사회구성원으로서 자신의 인권을 알고 누려야 하는 책임과 타인의 권리를 존중하면서 지켜주어야 하는 책임을 동시에 지닌다.

이러한 인권의 현대적 개념이 서구사회에서 주로 발전해 온 것은 사실이다. 그러나 인권 개념의 핵심인 인간존중의 사상은 동양 사상에서도 찾을 수 있고 우리 단군신화의 홍익인간(弘益人間) 사상이나 동학의 인내천(人乃天) 사상 등이 같은 의미를 가지고 있다. 따라서 인권은 서구적 개념이 아니라 우리 전통 속에도 녹아 있는 사상이다.

우리 군에서는 현재 '기본권'(基本權)이라는 용어를 주로 사용하는데, 인권이 인간의 본성에서 나오는 자연권을 의미하는 데 비해 기본권은 헌법이 보장하는 국민의 기본적 권리를 지칭한다. 기본권과 인권은 그 내용이 대부분 일치하므로 이를 동일시하여도 무방하다.

<인권과 기본권>

인권사상, 국제인권법 발전과정에서 형성된 인권의 유형	헌법에 규정된 기본권
·시민적·정치적·법적 권리	·인간의 존엄과 행복추구권 ·자유권적 기본권, 정치적 기본권, 청구권적 기본권
·경제·사회·문화적 권리	·경제적 기본권, 사회적 기본권
·차별받지 않을 권리	·평등권적 기본권

기본권은 국법에 의해 보장된다고 해서 국가나 헌법에 의해 창설된 권리가 아니며, 인간으로서 생존하기 위해 당연히 누려야 할 권리다. 기본권은 영구히 박탈당하지 않는 항구적 권리이며, 따라서 헌법 개정에 의해서도 폐지될 수 없는 권리이다. 기본권은 인간이 가지는 불가침의 권리이므로 국가권력은 기본권을 최대한 존중하고 보장할 의무를 지며, 기본권의 본질적 내용은 어떤 경우에도 침해될 수 없다.

“모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다” <대한민국 헌법 제10조>

한편 인권은 보편적 가치이지만 적용 과정에서 다양한 권리들 사이의 충돌이 생길 수 있다. 몇 가지 사례를 보자.

- * 언론의 보도 범위와 내용을 둘러싼 공중의 알권리와 사생활을 보호 받을 권리 사이의 충돌
- * 범죄수사와 형사소송 절차에서 범죄자의 인권 존중과 범죄피해자의 인권 보호 간에 발생하는 갈등
- * 버스 속에서 개인이 휴대폰을 사용할 권리와 타인으로부터 소음공해를 당하지 않을 권리 간의 갈등 등

가장 이상적으로는 모든 권리를 동시에 보장하는 것이 좋겠지만, 어떤 권리를 다른 권리에 앞서 보호해야 할 경우가 종종 발생한다. 그래서 특정의 권리를 보호하기 위해 다른 권리를 제한할 때는 보통 다음과 같은 원칙에 따른다.

첫째, 권리간의 충돌을 중재하는 데에는 전체 사회의 민주적 요구가 반영되어야 한다. 그러나 이때에도 단순한 다수결적 결정이 아니라 약자의 권리 보호가 우선되어야 할 것이다.

둘째, 나의 권리를 행사하기 위해 타인의 권리를 해쳐서는 안된다.

셋째, 권리와 권리가 다들 때에는 어느 쪽 권리가 더 중요한지 결정할 수 있는 판단의 기준과 주체가 있어야 한다. 이 역할은 현대 법치국가에서 일반적으로 헌법, 그리고 사법부가 담당한다. 즉 법에 의한 지배(法治)의 원칙이 지켜져야 한다는 것이다. 또한 국가인권위원회와 같은 기구도 인권의 원칙과 형평성을 고려하여 판단을 내릴 수 있다.

나. 인권의 일반적 분류

오늘날 대다수의 사회가 인권의 가치와 보편성을 수용하고 있지만 '과연 무엇이 인권인가'에 대한 논쟁은 여전히 계속되고 있다. 그만큼 인권의 종류와 범위는 다양하다. 시대가 변함에 따라 새로운 인권의 문제가 계속 발생하기도 한다. (예: 컴퓨터와 인터넷의 보편화 → 타인의 이메일 열람 → 통신자유 침해 문제 발생)

이때 인권의 유형을 분류하는 데 큰 테두리 역할을 하는 것이 유엔이 지금까지 만들어 온 각종의 국제 인권 규범들이다.

- * 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights, 1948)
- * 경제·사회·문화적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Economics, Social and Cultural Rights, 일명 '사회권' 규약, 1968)
- * 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights, 일명 '자유권' 규약, 1968)

국제인권장전을 중심으로 인권의 분류와 내용을 살펴 보자.

① **시민적·정치적 권리** 이는 개개인의 안전과 안녕에 관련된 권리이다. 사상·양심·종교의 자유, 참정권, 의견표명과 언론의 자유, 집회와 결사의 자유 등을 포함한다.

② **법적 권리** 모든 인간이 합법적인 절차에 의해 대우를 받을 권리를 말한다. 권력자가 마음대로 통치하는 인치(人治)가 아니라 법의 지배에 의한 법치(法治)를 뜻한다. 법 앞의 평등, 판결 전까지 무죄로 추정받을 권리, 공정한 재판을 받을 권리, 인신의 보호, 사생활의 보호, 구급자 처우 등이 포함된다. 법적 권리는 시민적·정치적 권리와 비슷하므로 이를 한데 묶어 '시민적·정치적·법적 권리'라고도 한다.

③ **경제적·사회적·문화적 권리** 사람이 하나의 생명체로서 살아가려면 기본적인 의식주와 삶의 질이 보장되어야 하는 데, 이에 관련된 권리들로서 노동권, 사회보장권, 교육권, 소수자 권리 등이 포함된다. 이들 권리는 국가의 적극적인 조치가 요구되며, 일정한 경제적 자원이 있어야 실천할 수 있다는 점에서 시민적·정치적·법적 권리와 구분된다. 이 두 가지 권리는 모두 중요하며, 상호 보완하고 함께 발전되어야 한다는 점에서 분리될 수 없는 성격(불가분성)을 지닌다.

④ **차별받지 않을 권리** 이 권리는 독립된 영역이라기 보다 사람들이 모든 권리를 평등하게 누릴 수 있는 원칙을 강조한다. 즉, 국적과 인종, 피부색, 성, 종교, 사상, 신분, 성적 지향, 출신지역, 장애, 나이 등을 가리지 않고 모든 사람이 똑같이 모든 권리를 누려야 한다는 것을 의미한다. 따라서 '차별받지 않을 권리'는 시민적·법적·경제적 권리 등 모든 권리영역에 적용될 수 있는 기본적 원칙인 것이다.

'사람이 사람답게 살아가기 위해서 반드시 누구에게나 보장되어야 하는 권리'로 간단히 정의되는 인권이 이처럼 다양한 유형으로 나뉘어 지는 이유는, 인권이 시대와 사회적 조건에 따라 변화하고 풍부해진 역사를 갖고 있기 때문이다.

이상에서 살펴 본 인권의 유형은 인간 존엄성의 최소 조건을 규정하는 것이다. 즉 현대사회에서 인간의 존엄성을 지니기 위해서는 모두가 이러한 인권을 누릴 수 있어야 하고 국가는 이를 보장할 의무를 지닌다. 오늘날 우리나라를 포함한 대다수 국가는 유엔이 설정한 인권 기준과 조건을 헌법에 기본권의 형태로 수용하고 있다.

"정치 경제 및 문화적 체제와 제도의 차이에도 불구하고 모든 인권과 기본적 자유를 증진하고 보호하는 것은 국가의 의무이다"
<세계인권회의 비엔나 선언문 제5조, 1993년>

다. 헌법을 통해 본 기본권의 내용

대한민국 헌법 제10조에서 39조는 국민의 권리와 의무를 규율하며, 기본권 규정을 두고 있다. 이러한 기본권은 내용과 성질에 따라 학자별로 다양하게 분류되고 있다. 이들 견해를 종합하면 대략 다음과 같이 나눌 수 있다.

① 기본권 보장의 이념과 포괄적 기본권이란, 모든 인간이 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권을 가지고 있다는 내용이다. 모든 기본권의 기본 가치를 선언하고 있는 것이다.(헌법 제10조)

② 평등권은 모든 국민이 법 앞에서 평등하다는 내용으로, 사회적 신분 등으로 인해 차별을 받지 아니할 것을 규정하는 내용이다.

③ 자유권적 기본권은 신체의 자유(생명권, 신체를 훼손당하지 아니할 권리, 신체의 자유), 사생활의 자유(사생활의 비밀과 자유, 주거의 자유, 거주이전의 자유, 통신의 자유), 정신적 자유(양심의 자유, 종교의 자유, 언론, 출판의 자유, 집회결사의 자유, 학문과 예술의 자유) 등을 보장한다는 것이다.

④ 경제적 기본권은 국민이 재산권을 행사할 수 있다는 것을 보장하고, 직업선택의 자유와 소비자로서의 권리를 보장받아야 한다는 것을 내용으로 하고 있다.

⑤ 정치적 기본권은 모든 국민이 정치적 의사결정의 자유권을 보호받으며, 나아가 대리인을 뽑거나 대리인으로서 출마할 수 있다는 참정권을 보호해야 한다는 것이다.

⑥ 청구권적 기본권은 침해된 권리에 대해 재판 등을 통해 권리를 구제받을 수 있어야 한다는 것으로, 청원권, 재판청구권, 국가배상청구권, 국가보상청구권, 범죄피해자구조청구권 등을 내용으로 한다.

⑦ 사회적 기본권은 국민이 생활을 영위하며 보장받아야 할 여러 권리를 말하며, 생존권, 노동의 권리, 근로3권, 교육을 받을 권리, 환경권, 쾌적한 주거생활권, 건강권 등을 그 내용으로 하고 있다.

그러나 이러한 기본권을 보호받는데도 그 성질에 따라 일정한 한계가 있다. 예컨대 타인과 접촉을 전제로 하는 국가적, 사회적 공동생활에 있어서 개개인은 타인의 생활영역을 존중하지 않으면 안된다. 따라서 타인에게 해악을 끼치지 않는 범위 내에서만 기본권이 보호된다.

또한 우리 헌법에서는 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며…”(헌법 제37조 2항)라고 규정하여 공공의 이익과 필요에 따라 기본권을 제한할 수 있음을 명시하고 있다. 물론 이러한 기본권의 제한은 반드시 “법률”에 근거를 두어야 하며, 제한할 경우에도 “기본권의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”고 덧붙임으로써 과도한 기본권 제한을 견제하고 있다.

라. 기본권 보장에 대한 국가의 역할

인권에 관련된 국가의 의무는 인권의 존중(respect), 보호(protection) 및 실현(fulfillment)의 세 가지로 구분할 수 있다. 국가가 이 세 가지 의무 중 어느 것이라도 이행하지 않으면 이들 권리를 침해한 것으로 규정되며 이 세 가지 인권의무가 효과적으로 이행될 때 비로소 효과적인 인권 보호가 가능하다고 본다.

① 존중의 의무는 국가가 개인의 권리와 자유의 향유를 침해하지 않을 의무를 말한다. 이 의무의 핵심은 국민 각자가 자신의 문제에

대한 해결책을 스스로 찾을 수 있도록 국가가 개인의 자유와 권리를 보호하는 것이다. 예를 들어 적법 절차에 따르지 않은 구금이나 고문을 하지 않을 의무가 이에 해당된다. 또한 국가가 공유지의 무단 거주자에 대해 주거 문제를 해결할 수 있는 대안을 제공하지 않고 강제로 내쫓는 것은 주거권 침해가 될 수 있다.

② 보호의 의무는 제3자가 개인의 권리와 자유를 침해하지 못하도록 국가가 입법 혹은 다른 방식의 조치를 취할 의무를 말한다. 기업의 부당노동행위와 노동착취, 가정에서의 아동 학대와 가정 폭력 등으로부터 개인을 보호할 의무가 이에 해당한다.

③ 실현의 의무는 개인의 권리와 자유가 효과적으로 실현될 수 있는 조건들을 적극적으로 조성하는 의무를 말한다. 가령 국민 개개인이 실업, 장애, 노령 등의 이유로 기본적 욕구를 충족할 다른 대안적 방법을 가지지 못할 때, 국가는 식량·주거·건강·교육을 제공할 의무를 지닌다. 예를 들어, 기초적인 사회보장제도를 수립하고 공공주거를 제공하는 등 기초적인 인권이 실현될 수 있도록 국가가 적절한 법률, 행정, 예산, 사법 조치를 취하는 의무를 의미한다.

이처럼 인권에 대한 국가의 '존중, 보호 및 실현의 의무'는 국민이 누려야 할 모든 개별 인권에 적용되며, 그래야만 국가체제 내에서 인권이 효과적으로 보장될 수 있다. 따라서 이러한 인권이 침해될 경우 개인이나 집단이 국가를 상대로 자신의 권리를 주장할 수 있고 국가는 이를 실현해야 하는 법적 의무를 지니게 된다.

2. 인권의 역사와 국제적 인권 보호 활동

가. 인권의 역사적 발전과정

인권 개념은 역사의 소산이고 문명의 산물이다. 따라서 현대의 인권을 이해하기 위해서는 인권의 관념과 제도가 역사적으로 어떻게 발전되어 왔는지를 이해할 필요가 있다.

근대 서구에서의 인권의 발전 과정을 살펴 보면, 서구에서 근대적인 인권 보장은 국민의 권리를 문서로 보장하는 제도의 발전과 함께

영국의 대헌장(Magna Carta, 1215)
 권리청원(The Petition of Rights, 1628)
 인신보호령(Habeas Corpus Act, 1679)
 권리장전(Bill of Rights, 1689)

진행되어왔다. 이를 통해 부당한 권력에 대한 저항권과 왕은 군림하지만 통치하지 않는다는 입헌군주제의

원칙이 수립되었다. 이를 계기로 근대 입헌국가의 헌법에 인권이 기본권으로 성문화되기 시작하였다. 그리고 봉건사회가 붕괴하면서 의회민주주의의 원칙과 제도가 수립되었다.

이러한 변화는 곧 유럽대륙 특히 프랑스에 큰 영향을 미쳤고 대서양 건너 미국으로도 이어졌다. 이 과정에서 다양한 사회정치 사상이 탄생하였고 인권 사상은 이를 통해 널리 확산되었다. 대표적으로 루소는 <사회계약론>(1762)을 통하여 인민주권의 원칙을, 몽테스키외는 <법의 정신>(1748)을 통하여 권력분립제도를, 로크는 <시민정부론>(1690)에서 정부의 목적이 생명, 자유, 재산이라는 불가침의 인권을 보장하는 데 있음을 설파하였다. 이들의 사상을 기초로 절대왕권을 대치하는 자유민주주의의 제도적 기초가 마련되었고 국민 주권의 상징으로 각 나라마다 만든 헌법에 기본권이란 형태로 인권이 목록화되기 시작하였다.

유럽 대륙에서의 정치사회적 변화는 신대륙에 영향을 끼쳐 1776년 <미국독립선언>이 발표되었고 프랑스에서는 1789년 <인간과 시민의 권리 선언>이 선포되었다. 이들 선언을 계기로 자유와 평등에 기초한 인권 보장의 기본 틀이 마련되었고 이후 유럽 전역으로 확산되었다.

19세기에 접어들면서 인권 보장을 위한 투쟁은 흑인노예 해방, 여성의 권리향상 그리고 전쟁에서의 인권 보호, 즉 인도주의법의 발전으로 확대되었다. 한편 산업혁명을 계기로 자본주의가 본격화되면서 노동자 계급이 양적으로 급격히 증대하였고 이에 따라 노동자의 인권에 대한 관심이 높아졌다.

20세기에 들어와 인류는 제1차 세계대전이라는 참화를 겪었고, 인명의 대량살상이라는 대규모 인권침해가 발생하였다. 나치에 의한 유태인 대학살, 일본군에 의한 남경대학살 등 대규모 인권침해가 발생하였다. 두 번의 세계대전을 겪은 인류는 전쟁과 같은 대규모 인권침해를 제도적으로 예방하기 위한 노력을 보다 많이 기울였다.

먼저 1919년 국제연맹이 창설되었고 노동권 문제를 국제적으로 다루기 위하여 국제노동기구(ILO)가 설립되었다. 그러나 국제연맹의 규약에는 인권에 대한 명시적 언급이 없었고 인권을 국제적으로 보장하기 위한 제도적 장치에 대한 계획도 없었다. 당시에는 다른 나라의 인권에 관여하는 것이 내정간섭 즉 주권침해로 받아들여졌기 때문이다. 그러나 제2차 세계대전을 계기로 주권의 절대성 주장은 약화되고 대신 인권의 중요성이 부각되었다. 당시 정치 지도자들은 전쟁 방지를 위한 집단안보체제의 필요성을 자각하였고 인권의 존중과 보장이 평화의 전제조건이라는 인식을 공유하게 되었다. 그 결과 1945년 창설된 유엔의 헌장에는 인권이 명시적으로 언급되었고 유엔은 1948년 세계인권선언 채택에 주도적인 역할을 수행하였다.

나. 유엔과 인권NGO의 역할

인권을 보장하는 것은 궁극적으로 국가의 책임이지만 인권과 국권은 종종 대립한다. 국민을 보호해야 할 국가가 간혹 그 본분에 충실하지 못하고 오히려 국민의 권리를 침해하는 경우가 있기 때문이다. 따라서 국가가 자국민의 인권을 보호하지 못하는 경우에 국제사회가 나서게 된다. 인권에 있어서는 타국에 대한 개입이 허용되기 때문이다. 이때 가장 정당하고 효과적인 개입은 유엔을 통한 개입이다.

오늘날 유엔은 인권 보장의 측면에서 가장 포괄적이고 중심적인 국제기구로 자리잡았다. 유엔은 헌장 전문에서 기본적인 인권과 인간의 존엄과 가치에 대한 신념을 재확인하였고 헌장 제1조에서 유엔의 기본 목적 중의 하나로 인종, 성별, 언어 또는 종교에 따른 차별 없이 모든 사람의 인권 및 기본적 자유에 대한 존중을 명시하였다. 이러한 헌장의 정신에 따라 유엔은 1948년 세계인권선언 채택을 시작으로 각종 인권기준 제정과 인권보장 제도의 발전을 주도해 왔다.

인권 보장을 위한 유엔의 구체적인 역할을 살펴 보면, 국제인권장전을 통해 인권을 강제하거나 권유하고, 그 외에 집단학살 방지협약, 고문방지협약, 인종차별 철폐협약, 여성차별 철폐협약 등 다양한 국제법을 제정한다. 유엔의 인권고등판무관실(OHCHR)에서는 모든 인권 관련 활동을 관장하며 '유엔인권위원회'를 관할하고 있으며, 이 위원회가 국제인권법 제정과 인권기준을 개발하고 있다.

한편 인권의 실질적 보장과 확대를 위해 노력하는 또 다른 축은 시민사회이다. 각국별로 또는 국제적으로 시민들은 자발적인 단체를 조직하여 인권옹호 활동을 전개하고 있다. 인권 NGO(Non-Governmental Organization, 비정부기구)들은 전문성과 헌신성, 회원들의 자발성에 힘입어 요즘 대단히 중요한 세력으로 성장했다.

유엔에서 인권문제를 다룰 때 정부는 국익을 우선적으로 고려하는데 반해 인권NGO들은 인권의 가치와 피해자를 대변한다. 유엔에서 인권분야 NGO의 역할은 크게 국제 인권규범 설정, 국제 인권보장 제도의 확산 그리고 국제 인권보장제도의 실행 세 가지 단계로 구분할 수 있다.

첫째, 인권NGO는 새로운 국제 인권규범을 설정하는 데 촉매 역할을 한다. 모든 인권관련 선언이나 조약은 유엔이 채택하고 공포한다. 그러나 대부분의 선언과 조약의 제정은 피해자를 대변한 인권NGO의 문제제기에서 비롯되는 경우가 많다. 내용 구성에 있어서도 인권NGO는 국익의 틀에서 쉽게 벗어나지 못하는 정부에 비해 보다 적극적인 역할을 한다.

둘째, 인권NGO는 국제적 인권보장 제도의 수립과 확산에 중요한 역할을 한다. 이들은 다양한 인권교육과 캠페인을 통해 정부가 국제 인권조약을 비준 및 가입할 것을 촉구하고, 국제 인권규범의 실현을 위한 각종 제도와 절차의 수립을 위해 주창활동과 로비를 한다. 이를 통해 주권의 제약과 국익을 구실로 소극적 입장에 있는 정부를 설득하고 압력을 가하는 역할을 한다.

셋째, 인권NGO는 국제 인권보장제도의 실행에서도 중요한 역할을 수행하는데, 크게 감시와 주창활동(advocacy)으로 구분할 수 있다. 이들은 정부가 국제 인권규범이 부과하는 의무를 제대로 이행하는지 감시한다. 인권침해에 대한 진상조사를 하거나 정부의 인권정책에 대한 비판적 평가를 하기도 한다. 그리고 구체적 인권침해 사례를 유엔과 관련 기구에 제기하고 유엔에 인권침해 구제를 요청하기도 한다.

대표적인 국제 인권NGO로는 <국경없는 의사회>, <국제앰네스티>, <세계고문철폐기구>, <휴먼라이츠워치> 등이 있다.

3. 한국사회와 인권

가. 한국사회의 변동과 인권의 발전

한국사회에서 인권의 법적 제도적 보장의 역사는 1948년 대한민국 헌법 제정과 함께 시작되었다고 볼 수 있다. 이후 한국사회에서 인권의 발전은 민주화의 역사와 궤를 같이해 왔는데, 역사적으로 인권의 발전은 민주주의의 발전에 중요한 원동력을 제공하였고 민주주의가 발전한 만큼 인권도 증진되었다.

한국사회는 1945년 일제 식민지에서 독립하자마자 분단과 전쟁이라는 대규모 참화를 경험했다. 휴전에 따른 분단의 고착화는 이후 남한과 북한 모두 인권의 발전에 부정적 영향을 끼쳤다. 약 30년이 넘는 기간 동안의 권위주의 정부하에서 사상과 양심의 자유와 언론출판 및 집회결사의 자유 그리고 참정권이 제약되거나 부정되었고 불법연행과 감금 그리고 고문이 빈번했다. 당시에는 인권을 주장하는 것 자체만으로도 반정부 또는 반체제로 간주되어 연행 구속되었다. 당시의 정부는 민주적 정당성과 정통성을 갖추지 못했기 때문에 민주주의의 가장 기본인 자유롭고 공정한 선거 조차도 정권에 대한 위협으로 받아들여졌다. 따라서 이 시기의 인권운동은 민주주의의 회복 즉 민주화운동과 함께 전개될 수밖에 없었다.

권위주의 정부하에서 인권은 이른바 국가안보와 경제성장 우선주의의 논리에 의해 왜곡 및 수용되어왔다. 당시 정부는, 인권의 철저한 보장이 진정한 국가안보의 전제조건이며 지속가능하고 질적인 경제성장은 인권의 보장을 통해서 가능하다는 인권중심의 접근 대신, 인권을 국가안보-실제적으로는 정권안보였지만-와 경제성장의 장애 또는 걸림돌로 인식하였고 인권을 정치적 수사나 구호로 이용하였다.

한편 권위주의 정부 하에서 이루어진 급속한 경제성장으로 인해 부가 증대하면서 경제적 및 사회적 권리를 향유할 수 있는 물질적 조건이 조성되었다. 전반적으로 국민 전체의 평균소득은 늘어났지만 농촌과 도시 주변에 새로운 형태의 가난이 양산되었고 빈부격차가 심화되면서 오히려 일부 계층과 집단의 생존권 즉 경제사회적 권리가 침해되는 현상이 나타났다. 이에 대한 대응으로 노동자, 농민 및 도시빈민 중심의 인권운동이 활성화되었다.

인권 실현과 민주주의 회복을 위한 부단한 노력의 결과 1993년 평화적이고 민주적인 선거를 통해 권위주의 정부 시대가 막을 내리고 민간정부 시대가 열리게 되었다. 1993년 이래 한국사회에서는 절차적 민주주의가 제도적으로 진일보해왔다. 특히 민주정권에 의한 과거청산 노력도 나름대로 결실을 맺어 인권 피해자의 배상과 명예회복이 부분적으로 이루어졌다.

1991년 한국은 북한과 함께 유엔에 동시 가입하였다. 그리고 한국 정부는 가입 직전인 1990년 사회권 규약과 자유권 규약을 동시에 가입하였다. 이를 계기로 유엔이 지금까지 발전시켜 온 국제적 인권기준에 비추어 한국의 인권 현실을 비판적으로 살펴보고 개선하는 계기가 마련되었다. 한국정부는 1993년부터 지금까지 계속해서 유엔 인권위원회의 위원국으로 활동하고 있으며 인권소위원회, 여성차별철폐협약위원회, 아동권리협약위원회 등 유엔의 인권기구에 한국인이 독립적인 민간 인권전문가로 활약하고 있다. 더 나아가 한국정부는 국제형사재판소(ICC) 로마규정을 비준하였고, 이어 한국인이 헤이그의 국제형사재판소에 재판관으로 선출되었다. 이렇듯 한국정부는 과거의 소극적 입장에서 벗어나 인권의 국제적 발전에 보다 적극적으로 기여하는 인권외교 정책을 펼치고 있다.

또한 1998년 제정된 <청소년 권리헌장>과 <장애인 인권헌장>, 1999년의 <남녀차별금지및구제에관한법률>의 인권기준 제정과 2000년 설립된 <의문사진상규명위원회>, 2001년 <여성부>와 <국가인권위원회>, 2002년 <부패방지위원회> 등의 제도 설립은 한국사회에서 인권의 보호와 증진을 체계적으로 보장하는 중요한 계기가 되었다. 특히 유엔의 권고안에 따라 2001년 설립된 국가인권위원회는 인권 보장을 포괄적으로 실행하는 인권 전담 국가기구로서 국내외적으로 큰 관심과 기대를 받고 있다.

그러나 국내외적으로 이러한 긍정적인 변화와 발전에도 불구하고 한국의 인권 현실은 여전히 국제기준에 뒤떨어진 것으로 평가받고 있다. 국가보안법 폐지, 자의적 구금, 고문, 집회결사의 자유, 성차별, 학생의 체벌, 호주제, 장애인, 양심(신념)에 따른 병역거부, 사형제도, 난민, 이주노동자 등 한국사회가 여전히 직면하고 있는 수많은 인권 문제가 유엔 인권위원회와 유엔 인권조약위원회에 의해 문제점으로 지적되어 왔지만 아직 실질적인 개선이 이루어지고 있지 않다.

나. 한국사회의 주요 인권 문제

과거 권위주의 정부하에서 민주화운동을 하다가 구속된 정치적 수인 즉 양심수 석방과 국가보안법 철폐는 인권운동의 대표적인 의제이자 과제였다. 비록 민간정부가 들어선 지 10년이 지났지만 국가보안법에 의해 아직도 많은 학생과 노동자가 구속되고 있으며, 검찰과 경찰, 국가정보원 등 국가기관의 부당한 공권력 남용에 의한 이른바 '후진국형 인권침해'가 아직 근절되지 않고 있다. 오랜 노력에도 불구하고 사형제도가 아직 완전히 폐지되지 않고 있으며 가정내 폭력과 같은 문제 또한 여전히 심각한 인권 침해 문제로 남아 있다.

사회경제적 조건이 변하고 민주화가 진전되면서 환경권, 정보인권, 이주노동자에 관련된 사회권, 장애인, 신념(양심)에 따른 병역거부, 동성애자 등 사회적 소수자에 대한 차별과 같은 인권 문제도 중요하게 대두되고 있다. 이러한 현상은 과거에 없던 것이 새로 생긴 것이 아니라 민주화와 함께 인권의식과 감수성이 높아지면서 기존의 사회 문제가 인권문제로 등장하는 것으로 해석할 수 있다.

한편 민주주의의 실질적 내용이라고 할 수 있는 사회권 분야 특히 사회복지분야 인권문제가 갈수록 중요해지고 있다. 경제적 효율과 경쟁을 강조하는 신자유주의 경제정책 하에서 발생하는 분배의 불평등, 비정규직 노동자의 확산에 따른 고용불안, 극빈자, 장애인 등에 대한 생존권 위협, 공무원 노조의 불인정, 직권중재조항으로 인한 합법적인 파업의 원천적 봉쇄 등으로 기본적인 노동인권이 여전히 중요한 인권문제로 남아 있다.

최근에는 군대내 인권 상황에 대한 국민적 관심도 높아지고 있다. 군대내에서 발생하고 있는 사건·사고 특히 사망사고, 구타·가혹행위, 성폭력 등에 대한 방지 대책의 필요성 등으로부터 장병들의 의료접근권 및 종교활동의 보장, 군 사법제도의 개선 등이 거론되어 왔고, 이를 위한 개선 노력들이 범정부적인 차원에서 전개되어 왔다.

장병 인권 상황의 개선을 위해서는, 장병의 권리를 법적인 차원에서 명시적으로 제시한 '기본법'의 제정 필요성이 강도높게 제기되었고, 병영 환경의 근본적인 개선이 필요하다는 점에 초점이 모아지면서 병영시설의 물리적 개선과 함께 인간존중 의식에 바탕을 둔 선진 병영문화를 조성해 나가기 위한 각종의 과제들이 제안되기도 했다.

다. 국가인권위원회 설립의 의의

2001년 11월 국가인권위원회의 출범은 한국의 인권과 민주주의 발전 역사에서 큰 의미를 지닌다. 한국 국가인권위원회의 설립 의의와 특성은 일반적으로 다음의 네 가지로 나누어서 설명할 수 있다.

첫째, 국가인권위원회는 '인권전담 국가기구'이다. 국가인권위원회는 한국사회의 인권 전반 즉 인권관련 법령, 제도, 정책, 관행 등 인권의 보호와 증진에 관한 모든 측면을 포괄적으로 다룬다. 법과 제도의 개선 뿐만 아니라 인권교육의 확산을 통한 인권 감수성 증대와 인권문화 발전에 주도적인 역할을 한다.

둘째, 국가인권위원회는 국제 인권규범의 국내적 실행을 담당하는 '준국제기구'이다. 이에 따라 국가인권위원회법은 인권을 "헌법 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입 비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리"(제2조)라고 국제기준에 맞게 폭넓게 정의하고 있다. 따라서 국가인권위원회는 국가의 인권정책을 단순히 시행하는 기구가 아니라, 유엔의 국제인권규범에 입각하여 국내의 인권 관련 법령, 제도, 정책, 관행을 평가하고 개선하는 역할을 한다.

셋째, 국가인권위원회는 '독립적인 국가기관'이다. 국가인권위원회는 입법 사법 행정부 어느 곳에도 소속되지 않은 독립적인 국가기관으로 만들어졌다. 즉 형식으로는 국가기관이면서 다른 국가기관의 권력 행사를 인권의 관점에서 감시하고 견제하는 역할을 수행한다. 즉 정부의 각 부처에 흩어져 있던 인권관련 기능을 종합적으로 조정하여 인권정책의 실효성을 높이고 사회적 약자와 피해자의 입장에서 인권을 보장하고 국가공권력에 의한 인권침해를 예방하는 역할을 수행하는 것이다.

넷째, 국가인권위원회는 '준사법기구'로 인권옹호자의 역할을 한다. 국가인권위원회는 국가의 공권력에 의한 인권 침해 뿐만 아니라 국가기관, 공사 기업 또는 사인(私人)간에 발생하는 온갖 종류의 평등권 침해의 차별 행위에 대한 조사 및 구제 역할을 한다. 기존의 실정법에 근거한 국내 사법제도와 달리 '준사법기구'로서의 국가인권기구는 보편적인 국제인권규범에 입각해 인권침해 문제를 다룬다. 특히 사회적 약자에 대해 상대적으로 간편한 인권침해 구제 절차를 제공함으로써 실효성있는 인권보장제도의 역할을 한다.

2001년 출범한 국가인권위원회는 위원장 1인과 3인의 상임위원을 포함한 11인의 인권위원으로 구성되었다. 위원은 국회가 선출하는 4인, 대통령이 지명하는 4인, 그리고 대법원장이 지명하는 3인을 대통령이 임명한다. 위원장은 위원 중에서 대통령이 임명하며 위원 중 4인 이상은 여성으로 구성하도록 되어 있다. 위원장은 위원회를 대표하며 국회에 출석하여 의견을 진술할 수 있고, 국무회의에 출석하여 발언할 수 있으며, 소관 사무에 관하여 국무총리에게 의안(대통령령안 포함)의 제출을 건의할 수 있다.

국가인권위원회의 출범으로 이제 한국사회에서 인권은 정치적 수사나 선언이 아닌 국가 정책의 중심가치이자 기준으로 자리매김하는 형식적 틀을 갖추게 되었다. 오늘날 국가인권기구의 존재 여부, 그리고 위상과 권한의 정도는 해당 국가의 민주주의와 인권에 대한 정치적 의지와 수준을 가늠하는 잣대로 평가받고 있다. 국가인권위원회의 출범으로 한국은 역사적으로 1948년의 세계인권선언에서 국제적으로 합의되고 1993년 비엔나 세계인권대회에서 재확인된 인권의 보편적 실현이라는 인류의 열망과 대의에 보다 떳떳하고 효과적으로 참여할 수 있는 제도적 길이 마련되었다고 할 수 있다.

제2부 군과 기본권

1. 국가제도로서의 군의 의의와 기본권 보장의 관계

가. 군의 존재 의의

현대 사회의 거의 모든 국가는 헌법 및 이에 따른 군사법규에 근거를 두어 군을 국가제도로서 설치, 운영하고 있다. 국민의 안전 확보 및 인권 보장이라는 국가의 기본적인 존립 목적을 달성하기 위하여 국가의 군 조직·운영은 불가피하기 때문이다.

국가제도로서의 군 조직은 이러한 목적을 구현하기 위해 다음과 같은 특성을 갖는다. (1) 인적 특성으로서 병역의무의 부과에 의한 강제적 편성에 기초하고 있다는 점, (2) 조직적 특성으로서 엄격한 명령·지휘체계가 확립되는 상명하복식 조직이라는 점과, 군사기밀 유지의 필요성 등으로 인해 다른 집단에 비해 폐쇄적인 조직이라는 점, (3) 기능적 특성으로 일반행정과는 달리 상시 무장력을 준비하고 유사시에는 이를 행사하는 기능을 갖는 조직이라는 점, (4) 목적적 특성으로서 무력에 의해 국가방위를 수행해야 하는 조직이라는 점, (5) 수단적 특성으로서 국가방위가 가능할 정도의 고도의 무장 수준을 유지하는 조직이라는 점을 들 수 있다.

한편 국가가 존립을 위하여 군을 필요로 하듯이, 군은 국가 안전의 확보를 위하여만 존재한다. '안전의 확보'는 군이 국가(영토)를 물리적으로 수호하는 것만이 아니라, 국가의 근본가치도 수호한다는 것을 의미한다. 국가의 근본가치, 즉 민주적 기본질서의 핵심은 모든 국민의 기본적 권리의 보장이다. 군이 민주적 기본질서의 수호를 위해 존재한다면, 이러한 가치는 군 내부에서도 지켜져야 한다.

나. 군 조직의 목적과 장병 기본권 보장과의 관계

군의 본질과 특성상 군사적 수단을 통한 국가안보의 달성과 군 구성원인 장병의 기본권 보장이 외형상 대립·갈등관계에 놓여 있는 것으로 보일 수 있다. 군은 유사시에 국가와 국민을 수호하는 데 충분한 무력을 실효성있게 준비하고 있어야 하며(전투력의 배양과 유지), 이러한 무력의 준비와 운용에 따르는 위험성을 줄이기 위해(안전의 확보) 엄격한 군 조직의 관리가 필요한 것이다. 과연 이러한 군 조직의 목적과 장병의 기본권 보장은 대립적인 것인가?

군이 무력이라는 수단으로 지키려고 하는 대상은 국가이다. 국가는 최고법인 헌법에 의해 다스려지며, 군대도 헌법에 의해 설치된 것이다. 헌법의 핵심은 국민의 기본적 권리를 보장하는 데 있다. 따라서 헌법의 핵심인 기본권의 보장은 장병에 대해서도 마찬가지로 적용되어야 한다.

따라서 군 조직의 목적과 장병 기본권 보장의 관계는 다음과 같이 정의할 수 있다. 헌법에 의해 설치된 군은 그 조직과 운영에 있어서 ①국민의 동의에 기반하여 민주적 정당성이 확보되어 있어야 한다는 민주주의 원리, ②기본적 인권이 보장되어야 한다는 법치주의 원리가 구현되어야 한다. 즉 헌법에 의해 설치된 군 조직의 목적 속에는 장병의 기본권 보장이 포함되어 있으며, 군의 조직적 특성과 임무의 특수성 때문에 일반국민의 기본권 보장과 비교할 때 그 보장의 양태나 정도가 달라질 수는 있으나 본질적인 내용에는 차이가 없다.

이러한 군 조직과 운영의 기본원리를 염두에 둘 때, 헌법질서의 수호를 사명으로 하고 그 질서 안에서 규율되는 조직인 군대 내에서, 장병은 기본적으로 일반국민과 같은 지위에 있으며 당연히 인간으로서의 권리도 향유한다.

다. 장병 기본권 보장의 조직내적 필요성

군 조직의 차원에서 장병의 기본권 보장이 필요한 이유는 다음과 같이 설명될 수 있다.

(1) 민군관계 측면

우리 사회를 하나의 체계(system)라고 볼 때, 그 안에는 무수히 많은 하위체계(sub-system)들이 있고, 군은 그중에 하나이다. 하위체계들은 각각의 분담된 기능을 수행하면서 전체 사회체계에 대해 적절히 '통합'되어 있어야 한다. 이는 중심적인 가치나 의식, 문화를 공유한다는 것을 의미한다. 여러 하위체계들이 나름의 다양한 가치를 추구하기도 하지만, 적어도 중심가치는 공유하고 있어야 전체 사회체제도 유지되고 하위체계 자체도 생존할 수 있다.

군도 하나의 하위체계로서 전체 사회와의 통합성을 소홀히 할 수 없으며, 이는 사회적 가치의 변화를 적절히 수용하고 적응해 나가야 함을 의미한다. 인권은 지금 우리 사회가 추구하는 중요한 가치 중의 하나이다. 국민들이 중요하게 여기는 가치는 군 구성원들에게도 중요한 가치로 받아들여져야 한다는 것이다.

물론 일반 시민들과 장병들의 인권 보장 수준이 같을 수는 없다. 그러나 최소한 군이 시민적 가치를 존중하고 수용하기 위해 노력하고 있으며, 군의 임무 수행을 위해 장병의 기본적 권리를 부분적으로 제한하는 것이 불가피하다면 왜 그래야 하는지 등에 대해 국민들로부터 공감대를 획득할 필요가 있다. 그래야만 국민으로부터의 지지나 협력도 수월하게 확보할 수 있으며, 군 조직의 생존이나 발전도 가능한 것이다.

(2) 강한 군대의 육성

전투에 임하는 군인은 생명을 담보로 임무를 수행한다. 평상시에도 일반 시민들에 비해 훨씬 가혹한 환경 속에서 군무를 수행하게 된다. 이런 상황에서 진정한 군인으로서 임무를 수행할 수 있으려면, 최소한 군인으로서 왜 전장에 목숨을 걸고 임해야 하며 이러한 임무 수행이 국가와 사회, 개인의 관계 속에서 어떠한 의미를 갖는지에 대해 자각을 가지고 있어야 한다. 이러한 자각은 평시에 장병들이 인격적인 존재로 대우받을 때, 인간답게 살 수 있는 권리를 보장받을 때 비로소 생겨난다. 아무리 첨단 무기와 장비가 동원되는 현대전이라 해도 생각하는 전사, 자신의 생명에 대해 결단을 내릴 수 있는 인격적 주체로서의 병사야말로 근본적인 전투력의 바탕이 된다. 결국 장병의 기본적 권리 보장, 인권의 보장은 생각하는 전사를 키워 내고, 이는 곧 강한 군대, 군율이 엄정한 군대를 만드는 데 도움이 되는 것이다.

강요·억압에 의하여 수동적으로 반응하는 군인은 평시에는 군기가 확립된 듯이 보일지 모르지만 유사시에 최대한의 전투력을 발휘할 것이라고 기대하기 어렵다. 오히려 자기가 속한 집단인 군대, 나아가 국가를 자발적 동의에 의하여 스스로 지키고자 하는 가치로서 인정하고, 이들에 대하여 애정을 갖고 있는 군인이 보다 나은 전투력을 발휘할 가능성이 크다. 즉 인권을 보장하고, 이로부터 자신이 속한 집단-군대와 국가에 대한 자부심을 갖게 하는 것이 오히려 전투력을 향상시키는 방법이 될 것이다.

장병 기본권의 보장과 '군기 및 명령체계의 확립을 통한 지휘권 확보, 이에 기반한 전투력 향상'이라는 군의 목표는 상호보완적인 관계를 가진다.

2. 군인의 법적 지위

가. 군인의 의의와 법적 성격

군인은 일반국민으로서의 지위와 군사행정기관 구성원이라는 특수 신분관계 상의 지위를 동시에 보유한다. 따라서 군인은 일반국민으로서의 기본권을 향유하나, 특수신분관계에 있는 국가기관의 구성원으로서 국가의 사무를 수행할 권한과 이에 부수되는 의무도 동시에 보유한다. 이러한 기본권의 추가적 보장과 제한은 반드시 "법률"에 근거가 있어야 한다.

군인 신분의 발생은 병의 경우 징집 또는 지원에 의하여, 장교·준사관·부사관의 경우 사상이 건전하고 소행이 단정하며 체력이 강건한 자를 임용함으로써 이루어진다. 군인 신분은 진급·파견·휴직·전속·보직·해임에 의하여 변경되며, 전역·퇴역·면역·예비역편입·제적·파면에 의하여 소멸한다. 이와 관련한 법령은 다음과 같다.

- 병역법 : 대한민국 국민으로서 준수하여야 할 병역의무에 관한 규정으로서, 일반 병사의 군인 신분 발생을 규율
- 군인사법 : 군인의 책임 및 직무의 중요성과 신분 및 근무조건 등의 특수성을 고려한 임관, 복무, 교육훈련, 사기·복지 및 신분보장 등에 관해 규정
- 군인복무규율 : 군인의 복무와 병영생활에 관한 기본사항을 규정
- 군형법 : 군에 복무하는 현역 및 군무원에 대한 범죄 구성 요건과 형량을 규율
- 군인연금법 : 군인 신분에 따르는 경제적 권리를 규정
- 국가공무원법 : 군인, 군무원을 포함한 전 공무원의 권리, 의무, 책임을 규정

나. 군인의 권리

군인은 군의 인적 구성원으로서의 지위와 동시에 국민으로서의 지위를 가진다. 따라서 군인 역시 국민에게 일반적으로 인정되는 기본권들을 '원칙적으로' 향유한다. 더 나아가 군인은 군인의 지위에서 국가에 대하여 몇 가지 권리들을 추가적으로 보유한다. 군인의 권리는 일반적으로 신분상의 권리와 재산상의 권리, 그리고 불이익 처분에 대한 시정청구권, 의견의 건의 및 고충처리권과 같은 기타 절차법상의 권리로 구분할 수 있다.

1) 신분상의 권리

신분상의 권리에는 군인 신분 자체의 유지와 그 직무수행에 관련된 제반 권리들이 있다.

- “공무원의 신분은 ... 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다”(헌법 제7조 제2항). 따라서 특정직 공무원으로서 군인은 신분보유권이 인정되어 “법률이 정하는 바에 의하여 신분이 보장되며, 그 계급에 상응하는 예우를 받으며”(군인사법 제44조 제1항) 법률에 의하지 아니하고는 “그 의사에 반하여 휴직을 당하거나 현역에서 전역 또는 제적되지 아니한다”(군인사법 제44조 제2항).
- 군인은 자신에게 주어진 일정한 직위를 유지할 수 있는 직위보유권이 인정되며, 법령에 의하지 아니하고 그 직위에서 일방적으로 배제되지 않는다. 법령에 의한 직위 해제 사유는 ①상위의 직위에 보직되는 경우 ②심신 장애로 인하여 직무를 수행하지 못하게 되었을 경우 ③당해 직무를 수행할 능력이 없다고 인정되었을 경우 ④전투작전상 필요할 경우 등이며, 장교를 보직해임할 경우에도 보직해임심의위원회의 의결을 거쳐야 한다(군인사법 제17조).

- 군인은 자신이 담당하고 있는 직무를 수행함에 있어 방해받지 않을 권리가 있다. 군인의 직무수행에 대하여 폭력 기타의 수단을 통하여 방해하는 것은 형법상의 공무집행방해죄(형법 제136조, 제137조), 군형법상의 초병에 대한 폭행·협박·상해의 죄(군형법 제54조~제60조의 4)로 처벌된다.
- 신분상의 권리에는 이 외에 직명사용권, 제복착용권, 대통령령에 정하는 바에 따른 휴가청구권(군인사법 제46조, 군인복무규율 제39조~제42조), 군병원·사관학교·기타 복지시설을 이용할 수 있는 영조물 이용권 등이 있다.

2) 재산상의 권리

군인은 또한 공무원으로서 몇 가지 재산상의 권리를 보유한다.

- 군인은 직무수행에 따른 보수청구권을 가진다. 보수란 “봉급과 기타 각종 수당을 합산한 금액”(공무원보수규정 제4조 제1호)이며, 그 액수는 “직무의 곤란성 및 책임의 정도에 상응하도록 계급별·직위별 또는 직무등급별로 정”하도록 하고 있다(국가공무원법 제46조 제1항).
- 군인은 “상당한 연한 성실히 복무하고 퇴직하거나 심신의 장애로 인하여 퇴직 또는 사망한 때 또는 공무상의 질병·부상으로 요양하는 때”(군인연금법 제1조) 본인이나 그 가족이 일정한 급여를 받을 수 있다. 군인의 연금청구권은 군인 본인 및 그 유족의 생활안정과 복리향상을 위하여 인정된 것으로(군인연금법 제2조), 이는 사회보장적 성격과 근무에 대한 보상적 성격을 동시에 가지고 있다.
- “군인은 보수를 받는 외에 법령의 정하는 바에 의하여 직무수행에 소요되는 실비변상을 받”을 권리가 있다(군인사법 제53조).

3) 기타 권리

신분상·재산상의 권리 등 외에 군인에게 인정되는 몇 가지 절차법적인 권리가 있다.

장교·준사관·부사관은

- 위법·부당한 전역·제적·휴직 등 그 의사에 반하여 내려진 불리한 처분(징계처분 제외)에 대해 심사를 소청할 권리(군인사법 제50조)
- 위법 또는 부당한 징계처분에 대한 항고권(군인사법 제60조)
- 군에 유익하거나 정당한 의견이 있는 경우 지휘계통에 따라 단독으로 상관에게 건의할 권리(군인복무규율 제24조)
- 근무여건·인사관리·신상문제 등에 관하여 인사상담이나 고충의 심사를 청구할 권리(군인사법 제51의 3) 등을 보유한다.

다. 군인의 의무

군인 역시 공무원이므로 공무원에게 일반적으로 요구되는 직무수행상 의무들은 군인에게도 원칙적으로 적용된다. 공무원의 직무수행상 의무와 관련하여 헌법 제7조는 공무원을 국민 전체에 대한 봉사자로 천명하고 있으며, 그 직무의 민주적이며 능률적인 수행을 위하여 공무원의 신분과 정치적 중립성을 법률이 정하는 바에 의하여 보장하고 있다.

군인이 직무수행상 준수해야 할 의무와 관련해서는 공무원으로서의 일반적인 의무를 규정하고 있는 국가공무원법을 비롯하여 군인사법, 군인복무규율, 군인복제령 등 매우 다양한 법령으로 구체화하고 있다.

1) 일반적 의무

관련 법령에 따른 군인의 의무를 정리해보면 다음과 같다.

- 병의 입영시나 장교의 임관시 충성·법령준수·성실복무 등을 선서하여야 한다(군인복무규율 제5조 선서의무).
- 정치적 중립을 엄정히 지키며 맡은 바 임무를 완수하여 국가와 국민에게 충성하여야 한다(군인복무규율 제6조 충성의무).
- 직무에 태만하여서는 아니되며 직무수행에 있어서 어떠한 위험이나 어려움이 따르더라도 이를 회피함이 없이 성실하게 그 직무를 수행하여야 한다(군인복무규율 제7조 성실의무)
- 대민업무 수행시 친절·공정·신속하게 업무를 처리하여야 하고, 작전 및 훈련중 대민피해를 방지하도록 노력하여야 하며, 피해가 발생한 때에는 법규에 따라 신속히 조치하여야 한다(군인복무규율 제7조의2 국민에 대한 친절의 의무).
- 정직하여야 하며, 명령의 하달이나 전달, 보고 및 통보에는 허위·왜곡·과장 또는 은폐가 있어서는 아니된다(군인복무규율 제8조 정직의 의무).
- 군인은 법령을 준수하여야 하는 바(국가공무원법 제56조), 특히 전쟁법의 준수가 강조되어 지휘관은 예하 장병들에게 전쟁법 준수를 위한 교육을 실시하여야 한다(군인복무규율 제10조의2 전쟁법 준수 의무).

2) 직무전념의무

- 군인은 직무를 유기하거나 소속상관의 허가없이 근무지를 이탈해서는 아니되며 직무에 전념하여야 하며(군인사법 제47조, 군형법 제79조, 제30조, 군인복무규율 제12조 직무유기 및 근무지 이탈 금지), 이를 위하여 특히 군무외 영리행위 및 겸직, 군무외 집단행위, 직권남용, 사적 제재 등이 금지된다(군인복무규율 제13조~제16조).
- 법률에 의한 선거권이나 투표권의 행사 외에 정치적 행위는 상당부분 제한된다(군인복무규율 제18조 정치적 행위의 제한).
- 군인은 복무중 뿐만 아니라 전역 후에도 직무상 알게 된 비밀을 엄수해야 한다(군인복무규율 제10조 비밀엄수의 의무)
- 군의 위신과 군인으로서의 명예를 손상시키는 행동을 하여서는 아니되며 항상 용모와 복장을 단정히 하여 품위를 유지하여야 한다(군인복무규율 제9조 품위유지의 의무).
- 군인은 항상 청렴결백하고 검소하게 생활하여야 한다(군인복무규율 제11조 청렴 및 검소의 의무).

3) 공직자윤리법상의 의무

한편 공직자윤리법은 공직자의 부정한 재산 증식을 방지하고, 공무집행의 공정성을 확보하여 국민에 대한 봉사자로서 공직자의 윤리를 확립하기 위하여(공직자윤리법 제1조), 일정한 직위 이상의 공직자에 대하여 재산등록의무, 선물신고의무, 취업금지의무 등을 부과하고 있다. 이에 따라 일부 고급장교의 경우 공직자윤리법에 따른 의무들을 이행하여야 한다.

3. 군인의 기본권 보장의 특수성

가. 특별권력관계와 군인 신분의 특수성

군인은 군인이기 이전에 국민이고, 국민이기 이전에 인간이다. 따라서 군인은 인간으로서 당연히 누리는 인권을 향유할 뿐만 아니라, 인권을 구체화한 기본권을 향유한다. 그러나 국가의 안전을 보장하기 위한 목적에서 나오는 군의 특수성에 따라 군인의 기본권에 대한 제한은 일반 국민의 기본권에 대한 제한과 다른 특징을 나타낸다.

예컨대 군인이 직무상 알게 된 정보를 표현의 자유를 근거로 발설한다면 군사행정이나 군사보안은 큰 혼란에 빠질 수밖에 없고, 군인에게 거주이전의 자유가 무제한으로 인정된다면 국토 수호라는 국방의 근간을 지켜나가기 어렵다.

따라서 우리 헌법은 국가와 군인의 관계에 대하여 병역복무관계(헌법 제39조, 제27조 제2항, 제110조)나 공무원근무관계(헌법 제7조, 제29조 제2항, 제33조 제2항, 제78조) 등과 같은 특수한 질서를 가진 생활관계로써 규율하고 있다.

이를 '특별권력관계' 내지 '특수신분관계'라고 부르는데, 이러한 개념에 의거하여 군인들에 대한 기본권 제한은 국토 수호라는 군 임무의 특수성에 비추어 일반국민에 비해 보다 많이 인정되고 있다.

그럼에도 불구하고 1980년대 이후 민주주의의 급속한 발달과 자유화의 물결에 따라 인권에 대한 국민 의식이 급속히 성장했고, 국가적 차원에서도 국민의 기본권을 보호하고 그 수준을 향상시키려는 노력을 다하고 있다. 이는 특별권력관계에 있는 군인에 대하여도 국민의 한 사람으로서 기본권을 최대한 보장해야 한다는 시대적 흐름인 것이다.

나. 군인의 기본권 제한의 한계

군인의 기본권 제한에서 가장 중요한 것은 군인은 본래 국민이고 그 이전에 한 인간으로서 권리를 향유한다는 점이다. 군인의 기본권 제한은 군의 특수성에 따라 일정한 기본권에서만 정당화될 수 있다. 특히 군 조직의 운영과 상관없는 기본권 제한은 헌법국가의 이념에 반하는 기본권 침해이다.

군인의 기본권이 군인신분관계라는 이유 만으로 무시되어서도 안되고, 군인의 기본권을 보장한다는 이유를 앞세워 헌법에서 보장하고 있는 군사제도상의 목적달성이라는 공익을 일방적으로 훼손해서도 안된다. 이는 군사제도의 목적 달성과 군인의 기본권 보장이 실제적으로 조화와 균형을 이루어야 한다는 것을 의미한다.

군은 헌법 제5조에 명시된 바와 같이 국가의 안전보장 및 국토방위라는 국가목적의 구현하고 국민의 생명과 재산을 보호하는 막중한 임무를 수행하고 있다. 이 때문에 군 조직은 임무 수행에 필요한 동질성을 유지하기 위하여 상명하복의 계급구조를 전제로 한 조직상의 강력한 질서를 요구하는 한편, 어떠한 상황에서도 군대의 기능을 수행하기 위하여 군 조직원 간의 강력한 결속과 고도의 충성심, 애국심을 요구하고 있다.

이러한 군 조직 및 임무의 특수성으로 인해 군인의 자유와 권리는 일정 범위 내에서 제한될 수밖에 없는데, 불가피하게 기본권을 제한할 때에도 상급자의 일방적인 지시나 군 내부의 지침의 형식이 아니라 ① 국회에서 의결한 법률의 형식으로써만 가능하며, ② 그 경우에도 기본권의 본질적인 내용의 제한은 불가능하다(헌법 제37조 제2항 참조).

다. 현행법상 군인의 기본권 제한의 내용

1) 헌법에 의한 제한

• 노동3권의 제한

헌법 제33조 제2항은 “공무원인 근로자는 법률이 정하는 자에 한하여 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권을 가진다”라고 하여 노동3권을 제한하고 있다. 이는 군인의 집단적인 행동이 국가의 안전보장에 위협이 될 수 있기 때문이다.

• 국가배상청구권의 제한

헌법 제29조 제2항은 “군인·군무원·경찰공무원 기타 법률이 정하는 자가 전투·훈련 등 직무집행과 관련하여 받은 손해에 대하여는 법률이 정하는 보상외에 국가 또는 공공단체에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상은 청구할 수 없다”고 하여 이중배상을 금지하고 있다. 이는 과거 위헌 판결을 받은 국가배상법 제2조 제1항에 대하여 더 이상 헌법적 논란의 대상이 되지 않도록 유신헌법에서 조문화된 조항으로, 이것이 현행 헌법까지 이어지고 있다. 그러나 배상과 보상의 차이를 무시하였고, 실질적으로 손해의 전보가 이루어지지 않으므로 군인 등의 국가배상청구권의 제한은 과도한 제한이라는 주장이 현재에도 지속적으로 제기되고 있다.

• 현역군인의 문관 임용 제한

헌법 제86조 제3항과 제4항은 군인이 현역을 면하지 않으면 국무총리 또는 국무위원으로 임명될 수 없도록 규정하고 있다. 이는 우리 헌정사에서 군부의 정치적 개입이 있었다는 역사적인 배경과 군의 정치적 중립성, 문민정치의 원칙을 확립하기 위하여 도입된 조항이다.

● 재판청구권의 제한

헌법 제110조 제3항은 군사법원을 두어 군인 또는 군무원은 원칙적으로 법원조직법이 정한 법관에 의한 재판을 받지 아니하고 군사법원법이 정한 군 재판관에 의한 재판을 받게 하고 있다.

● 정치적 중립성

헌법 제5조 제2항 후단에 규정된 군의 정치적 중립 의무가 관련 하위법령에 구체화되어 있다.

2) 하위법령에 의한 제한

하위 법령에 의한 기본권 제한은 헌법상의 기본권 제한의 구체화로 서만 정당화되므로 법규정 내용만으로 이미 정당한 것은 아니다. 따라서 헌법상 직접적인 기본권 제한과 달리 그 제한의 성질과 강도에 따라 헌법합치성 여부가 논란이 될 수 있다.

● 정치적 기본권의 제한(언론·출판·집회·결사의 자유)

군의 정치적 중립 의무를 규정한 헌법 제5조 제2항 후단을 구체화하여 법률로써 군인의 언론·출판·집회·결사의 자유가 제한되고 있다. 군인도 공무원이므로, 공무원의 정치적 중립성에 대한 규정에 따라 정당 가입이 제한되고(국가공무원법 제65조 제1항, 군인복무규율 제18조 제1호), 선거에 영향을 주는 행위도 금지되며(국가공무원법 제65조 제2항, 군인복무규율 제18조 제3호, 제4호), 공직선거에 입후보할 때는 일정기간 이전에 사임을 하여야 한다.

한편 군인이 국방·군사 관련 사항을 군 외부에 발표하거나 군인의 신분으로 대외활동을 하고자 할 때 국방부장관의 허가를 얻도록 규정하고 있다(군인복무규율 제17조). 그러나 순수한 학술·문화·체육 등의 분야에서 개인적으로 대외활동을 하는 경우는 예외로 한다.

집회나 결사의 자유도 제한된다. “군인·군무원은 노동3권의 제한, 정치행위의 제한 등과 같은 이유로 군무 이외의 일을 위한 집단행위가 금지”(군인복무규율 제13조 제1항)되며, 제13조 제2항에서는 “국방부장관이 허가하는 경우를 제외하고는 일체의 사회단체에 가입할 수 없다”고 규정하여 군인들의 집회를 금지하고 일반 사회단체에의 가입도 금지하고 있다. 다만 “군무에 영향을 주지 않는 순수한 친목단체의 가입이나 활동은 예외”이다.

● 직업의 자유의 제한

국가공무원법 제63조, 군인복무규율 제16조는 “군인·군무원은 군무 이외의 영리를 목적으로 하는 업무에 종사하지 못하며 소속기관장의 허가 없이는 다른 직무를 겸할 수 없다”고 하여 영리활동의 금지와 겸직 금지를 규정하고 있다. 이는 영리행위에 치중하여 군인의 업무를 소홀히 하는 것을 방지하고, 공무수행에 영향을 미치지 않도록 하기 위한 것이다.

● 거주이전의 자유의 제한

군인은 유사시 임무의 즉시적인 수행을 위해 거주·이전의 자유가 제한된다. 의무복무 병사는 영내에서 내무생활을 해야 하고(군인복무규율 제29조 제1항), 영외에 거주하는 간부도 소속상관의 허가없이 근무지를 이탈해서는 안된다(군인복무규율 제12조). 또한 군인복무규율 제41조에 의해 국외여행의 자유도 제한된다.

● 표현의 자유와 알 권리의 제한

군사기밀의 보호를 위하여 표현의 자유와 알 권리가 제한되는 경우가 있다. 이에 관한 근거법령으로는 형법, 군사기밀보호법, 보안업무규정, 국방보도규정 등이 있고, 군인복무규율 제10조는 비밀엄수의 의무를 규정하고 있다.

제3부 병영내 기본권 침해 사례 및 구제 제도

1. 유형별 침해 사례

앞에서 우리는 군인의 인권이 원칙적으로 일반 시민들과 동등한 수준으로 보장되어야 하나 군의 임무 수행에 필요할 경우에는 헌법과 기타 법령에 근거해서 제한될 수 있다는 점을 확인한 바 있다. 그러나 현실적으로 기본권의 보장과 제한에 대한 고정불변의 절대적 기준을 정하기는 어렵다. 요컨대 실정법을 통한 기본권의 보장 범위와 한계가 사회·안보적 상황, 국민 및 군 구성원의 의식에 따라 변화될 수 있는 것이라면, 헌법에 의해 맡겨진 군의 역할(국가안전보장)과 장병의 기본권 모두가 어떻게 하면 조화롭게 구현될 수 있는가에 대해 지속적인 토론과 합의, 법·제도적 실천이 필요한 것이다.

이제 좀 더 구체적으로 병영 내에서 발생하는 기본권 침해 유형과 사례를 살펴 볼 것이다. 병영 내에서의 특정한 행위가 피해자의 본질적인 기본권을 침해했다고 판단될 경우에는 법과 규정에 정해진 사유를 근거로 형사처벌되거나 징계처분을 받게 된다. 형사처벌은 형법이나 군형법, 폭력행위등처벌에관한법률 등에, 징계처분의 경우에는 병영생활행동강령 위반 등 정해진 사유가 있는 경우에만 가능하다.

그러나 장병 기본권의 보장은 형사처벌이나 징계처분을 피한다는 소극적 차원이 아니라, 국민으로부터 신뢰받는 군, 강한 전투력을 유지하는 선진 민주군대를 건설하고자 하는 적극적 자세를 전제로 실천되어야 할 일이다. 이하에서는 실제 군에서 발생하였던 기본권 침해 사례를 살펴 봄으로써 병영 내에서 발생할 수 있는 기본권 침해 상황이란 어떤 것인지에 대한 판단 기준을 공유해 보고자 한다.

가. 폭행과 상해

폭행과 상해는 일반 사회나 군대를 막론하고 신체적 자유라는 가장 기초적인 기본권을 침해하는 대표적 행위이다. 이런 행위는 형사처벌의 대상이 되며, 사안이 경미할 경우라도 징계처벌의 대상이 된다. 따라서 군기확립, 교육 기타 여하한 명분으로도 폭행과 상해는 허용될 수 없다.

상명하복의 위계 질서나 강력한 군기의 확립은 부하의 자발성에 바탕을 두어야 한다. 구타는 오히려 인격적 굴욕감과 정서적 반감을 초래함으로써 진정한 전우애, 군 구성원간 단결을 저해할 뿐이다. 하급자의 지시불이행 등의 동기유발이 있었던 경우라도 징계 처리 또는 규정에 따라 열차려를 부여하거나 적법한 절차에 따라 하급자를 처벌하도록 해야 한다. 어떠한 경우라도 사적인 제재를 가하는 것은 허용될 수 없다.

1) 군기확립 또는 교육목적을 이유로 한 영내폭행

《사례 1》

사고자는 병사들이 말다툼하는 것을 보고 “선임병에게 대든다”는 이유를 들어 군기를 잡을 목적으로 수 차례 폭행하고, 소대원 다수를 생활관 침상에 엮드려 뺨치 시켜 놓고 봉으로 엉덩이를 폭행함

☞ 폭력행위등처벌에관한법률위반(야간·공동상해)죄로 형사처벌됨

《사례 2》

사고자는 후임병이 행동이 느리다는 이유로 폭행을 가하는 등 후임병 10여 명에게 총 23차례에 걸쳐 자신의 지시에 따르지 않거나, 관물대 정리가 맘에 들지 않는다는 각종 이유로 후임병들을 90여회 폭행함

☞ 폭력행위등처벌에관한법률위반(상습상해)죄로 형사처벌됨

2) 부하의 동기유발로 인한 폭행

〈사례 1〉

사고자는 소속대 부소대장직에 근무하는 자로서, GOP 지역 적사장 설치용 모래 운반을 위해 B상병에게 "차량운행을 나가자"고 하였으나 "수송부에서 차량운행 지시를 받지 않았다"며 운행을 거부하는 것에 격분하여 손바닥으로 머리를 때리고 각목으로 폭행하여 상해를 입힘

☞ 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등상해)죄로 처벌 받음

〈사례 2〉

사고자는 2003년 5월 야간에 소속대 막사 뒤편에서, 특이방송에 관한 보고서 작성업무를 가르치기 위해 E일병을 깨웠으나 응하지 않고 오히려 이를 지적하는 자신에게 불쾌한 반응을 보이며 자신을 밀치고 막사로 들어가려고 하는데 화가 나 주먹으로 피해자의 얼굴을 때려 상해를 입힘

☞ 폭력행위등처벌에관한법률위반(야간·공동상해)죄로 형사처벌 됨

3) 개인적인 감정으로 하급자를 상습적으로 괴롭히는 경우

〈사례 1〉

E중사는 K하사에게 BEQ청소, 아침에 BEQ를 돌며 선임자들 깨우기, 선임자들의 방청소 등을 지시하였음에도 K하사가 이를 제대로 수행하지 않음을 이유로 K하사의 배를 주먹으로 때리는 등 수 차례에 걸쳐 폭행함

☞ 폭행죄로 형사입건되어 형사처벌 됨

〈사례 2〉

사고자는 야간에 생활관에서 J상병이 코를 곤다고 손바닥으로 머리를 때려 깨워 코를 골지 말라고 주의를 준 후에도, 다시 코를 곤다는 이유로 주먹으로 피해자의 머리, 얼굴을 때려 폭행한 것을 비롯하여 10여회 폭행함

☞ 폭행죄로 형사입건되어 형사처벌 됨

나. 가혹행위와 강요

직권을 남용하여 학대하거나 가혹한 행위로 개인의 정신적·육체적 안전을 침해하는 것은 명백한 기본권 침해이다. 가혹행위는 구타와 유사한 부정적 결과를 초래하므로 병영에서 근절해야 할 일이다.

이러한 행위는 균형법상 가혹행위죄로 처벌된다. 또한 가혹행위에 이르지 않더라도 상급자가 정당한 권한 범위를 넘어 하급자의 권리 행사를 방해하거나 타인에게 의무없는 일을 강요할 경우 형법상 강요죄에 해당된다.

1) 정신교육이나 하급자의 잘못을 고친다는 명목으로 행해진 가혹행위

〈사례 1〉

중대장 W대위는 사격훈련때 병사 5명이 통제에 잘 따르지 않자, 전장의 공포를 체험시켜 정신을 차리게 해준다는 명목으로 병사들을 사로 중간에 위치한 배수로 안에 웅크리고 있게 한 다음, 다른 중대원들로 하여금 그 위로 K-2 소총 실탄 사격을 하게 함으로써 가혹한 행위를 함

☞ 가혹행위죄로 형사처벌 됨 (사전에 충분한 계획 안전조치를 강구하고 상급부대의 승인을 거쳐 이루어지는 전장체험과는 구별해야 함)

〈사례 2〉

사고자는 육군훈련소 중대장으로 근무하는 자로서, 막사 화장실 변기에 대변이 남아있는 것을 발견하고 훈련병 192명을 집합시킨 후 대변을 내리지 않은 사람을 추궁하였으나 아무도 자인하지 않는 것에 격분하여, 각자의 손으로 대변을 집어 중대 막사 앞에 집합하도록 한 후 약 30초간 입에 넣고 있게 함으로써 그 직권을 남용해 훈련병들에게 가혹한 행위를 함.

☞ 가혹행위죄로 형사처벌됨

〈사례 3〉

사고자는 소속대 생활관에서 후임병들에게 방독면을 착용하려는 자세나 땅바닥에 엎드려 폭탄을 피하는 동작 등 화생방 훈련을 흉내 낸 행동을 하도록 지시하여 피해자들로 하여금 의무 없는 일을 하게하고, 또한 소속대 초소에서 함께 경계근무를 서고 있던 후임병이 고참서열 등을 제대로 모른다는 이유로 방탄모를 들어 피해자의 머리 부분을 폭행하였으며, 소속대 창고 뒤편 공터에서 후임병의 훈련중 태도가 불량하다는 이유로 폭행하는 등 여러 차례에 걸쳐 폭행하였음.

☞ 강요죄, 초병폭행죄, 폭력행위등처벌에관한법률위반(야간·공동폭행)죄로 형사처벌 됨

※ 유의할 점

위와 같은 가혹행위의 경우에 있어 사고자들의 행위는 직접 피해자들 뿐만이 아니라 사로 위로 사격을 한 병사, 육군훈련소 인분사건 중대 분대장들의 양심의 자유, 행복추구권 등 기본적인 기본권 또한 침해하는 것이어서 사격을 실시한 병사 등에 대한 가혹행위죄 내지 강요죄도 성립한다. 또한 위와 같은 경우 중대장의 사격명령은 위법한 것이므로 병사들은 이에 따를 의무가 없으며, 오히려 위법한 명령에 따를 경우 중대장의 가혹행위에 가담한 것이 되어 공범으로 처벌 받을 수도 있다.

실제로 훈련소 인분사건의 경우 훈련병들을 집합시키고, 인분을 먹는 것을 감독한 병사(조교)들은 모두 징계위원회에 회부되었다. 따라서 위법한 명령을 받은 병사는 그 명령을 발한 상급자에게 명령이 위법함을 지적하며 명령의 철회를 건의하여야 할 것이며, 그 상급자가 계속해서 위법한 명령을 할 경우 즉시 수사기관에 신고하거나 차상급 부대에 보고하는 등의 조치를 취하여야 한다.

2) 교육훈련 과정에서 행해지는 가혹행위

훈련은 병사들의 체력 조건, 기상상태 등을 감안하여 합리적인 범위 내에서 이루어져야 하며, 훈련의 강도가 지나쳐 그로 인한 신체적·정신적 고통을 병사들이 감내할 수 없는 정도에 이를 경우에는 병사들을 괴롭히려는 동기가 없다고 하더라도 가혹행위가 될 수 있다.

실제 교육훈련 과정에서 빈번히 일어나는 기본권 침해 사례로는 한겨울에 병사들에게 냉수마찰을 강제하는 경우, 정신교육을 이유로 잠을 재우지 않고 교육을 실시하는 경우, 휴식시간을 보장하지 않고 과도한 작업을 시키는 경우 등이 있다.

3) 일차려의 명목으로 행해지는 가혹행위

일차려는 정당한 결재권자(중대장 또는 대위급 이상 장교)로부터 결재를 얻어 집행할 수 있는 권한(부사관 분대장 이상 간부)을 가진 간부가 공개된 장소에서 실시해야 하며, 일차려의 내용은 병사의 교육훈련과 관련된 내용(ex: 군가제창, 총검술, 완전군장 구보, 태권도, P.T 체조 등)이어야 한다. 일차려를 부여하는 자는 피교육자의 체력 수준을 고려하여 일차려 방법과 횟수를 결정해야 하고, 일차려를 부여할 경우 피교육생이 인간적인 수치심을 느끼거나 일차려를 극심한 고통으로 느끼지 않고, 체력단련을 통해 성취감을 느끼도록 합리적으로 부여해야 하며 인정된 일차려도 객관적으로 보았을 때 수인 한도를 넘을 정도로 육체적·정신적 고통을 주는 정도에 이를 경우 가혹행위죄로 처벌 받을 수 있음을 주의하여야 한다.

또한 일차려를 집행할 권한이 없는 자에 의해 집행된 일차려나, 허용되지 않은 방법의 일차려도 가혹행위죄나 강요죄로 처벌받을 수 있음도 주의하여야 한다.

권한없는 자에 의해 행해진 일차려

〈사례 1〉

분대장 J병장은 분대원 Y일병의 자주포 조작이 미숙하여 여러번 교육을 실시하였음에도 오조작이 계속되자 일차려를 주어서라도 후임병을 교육시켜야겠다는 생각으로 Y일병으로 하여금 팔굽혀펴기 50회, 쪼그려뛰기 100회를 실시하게 함

☞ 분대장이라고 하더라도 위에서 말한 결재권자의 위임 내지 승인이 없는 독자적인 판단에 따라 일차려를 부여할 수 있는 권한이 없으므로 위 사고자는 징계처벌(영창) 됨

규정에 위배된 일차려

〈사례 1〉

포대장이 군기를 잡을 목적으로 포대원 80여명을 생활관 침상위에 집합시켜 철모에 머리 박기, 수통마개에 머리 박기, 배를 철모위에 대고 방열하기, 배꼽부분을 침상 끝에 정열하기 등 수 차례에 걸쳐 가혹행위를 함

☞ 가혹행위죄로 형사처벌 됨

〈사례 2〉

B중사는 일직사관으로 근무하던 중 족구시합에 나오지 않았다는 이유로 피해자 E이병 등 2명에게 약 3시간 동안 선착순을 시키는 등 가혹행위하고, 일직사관으로 근무시 생활관에서 정훈활동 시간에 뉴스를 시청하지 않고 오락프로를 보았다는 이유로 병사 20명에게 약 1시간 동안 엎드려뺨쳐를 시켜 수 차례 가혹행위를 함

☞ 가혹행위죄로 형사처벌 됨

참을 수 있는 수준을 넘어 육체적·정신적 고통을 준 경우

주로 빈번히 일어나는 사례로는 중대장이 평소 군기가 빠졌음을 이유로 소속대 병사들로 하여금 완전군장 한 채 땀병에 5시간 동안 서 있게 한 행위, 중대장이 훈련수준이 저조함을 이유로 소대원들로 하여금 6시간 동안 계속 전차 기동로, 배수로 등을 포복자세로 구르고 기계 한 행위, 수송관이 차량점호 상태가 불량함을 이유로 수송대 병사들로 하여금 약 3시간 동안 타이어를 어깨에 메고 연병장을 뛰게 한 행위 등이 있다.

〈사례 1〉

B대위는 소속중대원 8명에게 지시한 대로 청소를 하지 않았고 시간을 넘겨 취침했다는 이유로 중대장의 지위를 이용하여 병사들에게 연병장 바닥에 약 1시간 동안 배를 깔고 엎드린 상태로 있도록 하고 반성을 앓는다는 이유로 약 5시간 동안 완전군장상태로 연병장을 강제로 걸게 하는 등 직권을 남용하여 위 피해자들에게 가혹행위를 하였고, 소속대에서 대대 체육행사 후 소대원들에게 막걸리 7~8병 및 소주 40병을 강제로 마시게 하는 등 직권을 남용하여 피해자들에게 가혹행위를 함

☞ 가혹행위죄로 형사처벌 됨

〈사례 2〉

K대위는 소속대 연병장에서 B상병에게 “사무실에서 야간작업 실시 여부에 대해 보고하지 않았다”는 이유로 야간에 완전군장을 착용한 상태로 약 6시간동안 연병장을 구보하도록 하였으며 그로 인해 취침방해를 하는 가혹한 행위를 하는 등 같은 해 11월까지 총 5차례에 걸쳐 소속대원 9명으로 하여금 야간에 완전군장 상태로 6~8시간동안 연병장 구보, 오리걸음 등을 시키면서 취침을 방해하여 가혹한 행위를 하고, 위와 같이 가혹행위를 실시하던 중 복창 불량 등을 이유로 수 차례 폭행함

☞ 가혹행위죄 및 폭력행위등처벌에관한법률위반(야간·공동폭행)죄로 형사입건 되어 형사처벌 됨

단체 일차려

군에서 일차려가 허용된다고 하더라도 이는 개인의 신체의 자유 등을 제한하는 것이므로 정당한 목적을 위해 필요 최소한의 범위 내에서 이루어져야 한다.

간부들 중에는 명령체계 확립이라는 목적에만 치우쳐 특정인에게 지나친 일차려를 부여하는 경우가 있음은 물론, 정당한 목적과 관계 없는 다른 부대원들에게까지 단체 일차려를 부여하는 경우가 있는바, 이는 장병의 기본권을 불필요하게 또는 과도하게 침해할 수 있으므로 신중해야 한다.

〈사례 1〉

소대장 Y소위는 막사 점검을 하다가 금지된 구역에서 담배연기와 냄새가 나는 것을 발견하고 소대원들에게 자수할 것을 권유하였으나 아무도 자수를 하지 않자 소대원 전원에게 일차려를 부여함
흡연자를 밝히지 못한 상황에서 소대원들 모두에게 일차려를 부여한 것은 책임이 없는 자에 대해 제재를 가한 것이므로 부당하게 신체의 자유를 침해한 것이다. 이는 소대장이 특정 구역내 흡연 금지 명령을 이행하는 것만 강조한 나머지 과도하게 기본권을 침해하는 결과를 야기한 것이다.

〈사례 2〉

중대장 E대위는 중대 행정실의 컴퓨터 하드디스크가 분실된 사건이 일어나자 중대원들을 집합시킨 후 자수할 것을 종용하였으나 아무도 자백하지 않자 중대원 전원에게 일차려를 부여하였고, 그 결과 J상병이 범행을 자백하여 자필진술서를 작성하게 한 다음 헌병대에 신고를 하여 수사가 개시됨
일차려는 교육훈련과 관련되어 부과되어야 하며, 형사사건의 범인을 색출할 수단으로 사용되어서는 안 된다. 이 경우 중대장 E대위는 강요죄로 처벌 받을 수 있을 뿐만 아니라, J상병의 진술서는 고문 또는 부당한 강제에 의한 것이므로 형사재판에서 증거능력을 인정받지 못한다.

4) 기타 강요

우리 군에서는 분대장을 제외한 병 상호간의 지시 간섭을 금지하고 있다. 또한, 지휘관 기타 간부들 역시 자신의 권한 범위 내에서만 지시나 명령을 할 수 있음을 유의하여야 한다.

병사 상호간의 지시·간섭 금지

〈사례 1〉

아침식사 시간 중 청소를 마치고 장기를 두다 후임병에게 빵을 갖다 달라고 지시함

휴가 제한의 징계 처벌을 받음

〈사례 2〉

분대장 Y병장은 새로 전입 온 이병들에게 선임병들의 이름과 군번·서열 등을 암기하도록 강요함

설사 분대장이라도 다른 사람에게 암기를 강요할 권한은 없는 것이어서 휴가 제한의 징계처벌을 받음

간부의 부당한 지시

〈사례 1〉

중대장 H대위는 자신의 중대가 대대에서 떨어져 나와 있는 독립 중대임을 기화로 식사 때마다 S일병으로 하여금 병식을 자신의 사무실로 가지고 오게 하여 식사를 하고, 운전병 K상병에게 사적인 심부름을 시키는 등 타인으로 하여금 의무 없는 일을 하게 함

징계처벌을 받음

다. 욕설 기타 인격 모독

폭행이나 가혹행위 외에도 욕설, 모욕적인 언사 등을 하는 것은 상대방의 인격권과 인간으로서의 존엄성을 침해하는 것이다. 상급자가 무심코 내뱉은 욕설로 인해 상·하급자간의 신뢰와 유대가 파괴될 수 있으며, 군무이탈이나 자살과 같은 사고를 촉발할 수 있으므로 지양해야 한다.

또한 군대의 호칭은 항상 성과 계급 또는 직책을 부르도록 되어있다. 따라서 상급자가 부하 간부나 병사에 대하여 비하된 호칭이나 모욕적 별명을 사용하는 등의 언행을 해서는 안 된다. 말하는 사람은 관행이나 친근감의 표시라고 생각할 수도 있으나 듣는 사람의 입장에선 심각한 인격모독이 될 수 있음을 유의해야 한다. 특히 불특정 또는 다수인이 듣는 가운데 다른 사람을 모욕한 자는 형법상 모욕죄로 처벌 받을 수 있다.

〈사례 1〉

선임인 E중사가 상습적으로 병사들이 보고 있는 가운데 초임 D하사에게 “병사만도 못한 버러지 같은 놈아, 똑바로 하지 못해 XXX야” 등의 욕설을 하여, 이를 견디다 못한 D하사가 자살에 이르게 함
☞ 모욕죄로 형사처벌받고, 현역복무부적합으로 전역함

〈사례 2〉

사고자는 야간에 후임병과 함께 경계 근무를 서는 도중, 후임병의 근무태도가 불량하다는 이유로 “이런 XXX, 니 에미 애비가 불쌍하다”, “벌레만도 못한 XX, 벌레같은 건 죽여도 되지만 너는 그럴 가치도 없다”고 말함
☞ 초병인 피해자를 모욕하여, 초병모욕죄로 형사입건되고 처벌됨

라. 성추행, 성희롱 등

1) 성추행

성추행이란 동성 또는 이성간에 상대가 원하지 않는 성적인 행동을 강요하는 행위이다. 폭행, 협박, 위계, 위력 등을 통해 타인을 추행한 자는 형법상 강간죄와 강제추행죄, 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률(이하 ‘성폭법’이라 함) 등에 의해 무겁게 처벌될 뿐만 아니라, 폭행, 협박, 위계, 위력 등을 수반하지 않는 단순한 신체 접촉 기타 추행행위도 균형법상 추행죄로 처벌되며, 군대에서 상급자가 업무상 자신의 감독을 받는 하급자를 위계 또는 위력으로 추행할 경우 성폭법상 업무상위력등에의한추행죄로 처벌된다. 아울러 군대 내에서는 동성간의 합의에 의한 성관계 역시 균형법상 추행죄로 처벌됨을 유의하여야 한다.

〈사례 1〉

사고자는 부소대장으로 근무하는 자로서, 병사를 부소대장실에서 함께 자자며 데리고 들어가 팔베개를 해주고 성기를 만지면서 잠을 자는 등 추행하고, 다른 병사도 수 차례에 걸쳐 부소대장실로 불려서 술을 먹인 뒤 “술만 먹으면 이상해지는 것 같다”고 하면서 신체를 더듬고 성기를 만지는 등 추행함

☞ 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(업무상 위력 등에 의한 추행)죄로 형사처벌됨

〈사례 2〉

K병장은 야간에 소속대 휴게실에서 피해자 B상병에게 자위행위를 하게 하였으나 피해자가 말을 듣지 않자 주먹으로 피해자의 머리를 수회 때려 강제로 자위행위를 하게 하여 피해자를 추행하는 등 총 4회에 걸쳐 추행하고, 피해자를 폭행하여 상해를 입힘

☞ 추행죄 및 폭행치상죄로 형사처벌됨